SENADO **SECRETARIA** **DIRECCION DE COMISIONES**	XLIIa. LEGISLATURA Tercer Período
	CARPETA Nº 773 de 1987
COMISION DE CONSTITUCION Y LEGISLACION	DISTRIBUIDO Nº 404 de 1987
Agosto de 1987	SIN CORREGIR

CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL

Se introducen modificaciones

VERSION TAQUIGRAFICA DE LA SESION DE LA COMISION DEL DIA 6 DE AGOSTO DE 1987

Preside : Señor Senador Gonzalo Aguirre Ramírez

Miembros : Señores Senadores Pedro W. Cersósimo, Juan C. Fá Robaina, Américo Ricaldoni y Dardo Ortiz

Invitados Especiales : Doctores Enrique Véscovi y Luis A. Torello

25 x

SEÑOR PRESIDENTE.- Habiendo número está abierta la sesión.

(Es la hora 14 y 50 minutos)

Corresponde considerar el artículo 325.

Léase.

(Se lee)

En consideración.

SEÑOR ORTIZ.- Me parece que en la cuarta línea, donde dice: "en relación a las partes del mismo", habría que suprimir la expresión "del mismo", ya que en este caso se puede ser parte sólo del proceso. Asimismo, don dice: "así como haber dado opinión concreta", creo que debería decirse: "así como por haber dado". Además, entiendo que debe suprimirse en el segundo renglón la coma, después de la palabra "pues".

SEÑOR PRESIDENTE.- Me pregunto si realmente puede hablarse de afecto negativo, a que se hace referencia en la cuarta línea. Creo que si es negativo, no se trata precisamente de afecto.

SEÑOR TORELLO.- Confieso que estuve buscando otra forma de expresarlo, pero no la hallé.

SEÑOR PRESIDENTE.- Creo que podría decir: "presunto afecto o enemistad en relación a las partes".

SEÑOR CERSOSIMO.- El artículo 325 comienza diciendo: "será causa de recusación toda circunstancia comprobable objetivamente que pueda influir en la pérdida de imparcialidad del Juez". Me parece que sería más correcto establecer: "que pueda influir en la imparcialidad del Juez".

Creo que este artículo es bastante riguroso, en el sentido de que prevé circunstancias extrañas que pueden influir en la imparcialidad del juez lo que, prácticamente, es casi un delito.

El Juez tiene la obligación de ser imparcial.

Pero en el caso de que existan causas que puedan ser

comprobadas objetivamente y que puedan influir en la imparcialidad, sería necesario pasar los antecedentes a la Justicia.

Por lo tanto, no entiendo la razón de establecer que se trate de circunstancias comprobables objetivamente.

Sabido es que lo subjetivo no tiene valor jurídico.

Por eso, me parece que habría que decir: "que pueda influir en la imparcialidad del Juez" o "afectar la imparcialidad".

SEÑOR TORELLO.- El señor Senador ya señaló y descartó el problema de la apreciación subjetiva.

La apreciación subjetiva se da en los casos de recusación "ad libitum", inmotivada. Ciertas legislaciones admiten que --al igual que lo que sucede con el divorcio por sola voluntad de la mujer, a los efectos de no poner ciertas causas que denotarían una falta de delicadeza-- las partes puedan excluir a los Jurados e, inclusive recusar al Juez sin expresión de motivos.

Esto lo contempla la legislación argentina, pero la nuestra nunca lo previó, porque no permite que las partes aparten al funcionario público que cumple una función jurisdiccional.

Por esa razón es que debe tratarse de una circunstancia comprobable objetivamente, o sea, sin tener en cuenta la mera subjetividad de la persona, que piensa que el Juez pueda perder imparcialidad.

En los artículos siguientes veremos que el Juez que conoce que le afecta una de estas causales, se inhibe de oficio.

Eso es lo que sucede en general. Otras veces el Juez no advierte esa cuestión.

SEÑOR VESCOVI.- Quería señalar que este artículo, siguiendo un poco la tendencia moderna y a diferencia de los antiguos Códigos, no hace una enumeración estricta de las causales, sino que da una expresión más general.

Sin embargo, reconozco que lo que dice el señor Senador Cersósimo puede ser mejorado porque sería más razonable aceptar la imparcialidad.

SEÑOR CERSOSIMO.- Pienso que está bien lo que dice el artículo en cuanto a que puede intervenir en el ánimo del Juez el presunto afecto; ya sea positivo o negativo.

Sin embargo, en algunas ocasiones, cuando se plantea un juicio de divorcio, puede ocurrir que, por ejemplo, si el marido ha tenido una conducta disipada, tiene amantes y la mujer demuestra su aflicción ante los estrados, el Juez se va a inclinar hacia ella aunque simule un dolor que en realidad no siente.

Eso puede influir en el afecto del Juez y, objetivamente, se puede inclinar hacia la parte más débil o la presuntamente engañada.

Todo elemento que determine una situación de esa naturaleza deber ser, naturalmente, un elemento de recusación o, de alguna manera, de apartamiento del Magistrado en ese proceso.

SEÑOR RICALDONI.- Pienso que la idea contenida en el artículo 325 es plausible y en ese sentido la acompaño; pero nuestra experiencia profesional nos indica que la redacción que se dé a todo lo que tenga que ver con un eventual planteo de recusación de un Juez, debe estar lo más circunscripta posible a límites objetivos.

Conozco, como todos nosotros, que hay Jueces que tienen relaciones de amistad, a veces realmente íntimas, con una de las partes y, sobre todo, con los abogados.

Muchas veces ese conocimiento viene de años anteriores e inclusive se remonta a la propia Facultad.

Si se establece una redacción demasiado flexible, daría lugar a perder algo que es, justamente, una de las grandes virtudes que tiene este proyecto, que es desterrar, dentro de lo posible, el abuso de Derecho, la vulgar chicana.

En tal sentido, sugiero que se introduzcan tres modificaciones, que quizás no son demasiado importantes. Es decir, pienso que la redacción quedaría mejor si se eliminan tres palabras: en primer lugar, "objetivamente" que figura en la segunda línea, porque si no uno se introduce, inevitablemente, en la discusión de si la circunstancia es objetiva o subjetiva.

Entiendo que lo mejor es no decir nada para reducir las posibilidades de manejo de la recusación.

Asimismo, pienso que se puede eliminar el término "presunto" que figura dos veces en el tercer renglón, cuando se refiere al "presunto interés" o al "presunto afecto".

A nadie se le escapa que no es lo mismo hacer una invocación concreta a un motivo específico de recusación que decir que puede haber un afecto o un interés.

Me parece que con esto se puede evitar que se esté manoseando la honra de los jueces, lo que podría suceder con una redacción demasiado comprensiva de diferentes situaciones.

SEÑOR TORELLO.- De acuerdo con las observaciones muy atinadas formuladas en Sala, voy a plantear un texto modificativo. Aclaro que la palabra "objetivamente" se puso como un prurito doctrinario para señalar que no había causa subjetiva.

El texto quedaría redactado así: "Será causa de recusación toda circunstancia comprobable que pueda afectar la imparcialidad del Juez, por interés en el proceso en que interviene o afecto o enemistad en relación a las partes o sus abogados y procuradores, así como por haber dado opinión concreta sobre la causa sometida a su ~~decisión (prejuz~~gamiento)".

Por lo tanto, se eliminaría una desdichada expresión, "influir en la pérdida de imparcialidad", y se pondría "afectar la imparcialidad"; se eliminan los términos "positivo o negativo" referidos al afecto y atenderíamos, además, las observaciones muy atinadas formuladas por el señor Senador Ricaldoni.

Quisiera hacer otra aclaración. Quizá por un espíritu de excesiva delicadeza, los Jueces sean muy afectos a denunciar las circunstancias que eventualmente pueden influir o que las partes puedan entender que pueden influir en su decisión, a los efectos de que las conozcan y estén en condiciones de ejercitar sus derechos. Sin embargo, este artículo no puede considerarse en forma aislada, sino que hay que ver, también, el siguiente.

Allí se establece que no toda causal de recusación es

25x

motivo de alejamiento si las partes se allanan. Hay miles de ejemplos.

Todos saben que tengo una intensa relación con el doctor Véscovi, tanto en el plano de trabajo como de amistad.

Sin embargo yo fallo sin ningún reparo los asuntos del doctor Véscovi --creo que ha perdido más de lo que ha ganado conmigo-- y aviso a la contraparte. Nunca nadie me ha recusado por esa circunstancia, porque al final se conoce quién es el Juez y, hasta cierto punto, es una honra para uno que se le tenga confianza en eso.

Por lo tanto este artículo hay que conectarlo con el 326; lo que se quiere es que la parte no quede inerme.

SEÑOR CERSOSIMO.- ¿Me permite una interrupción?

Atribuyo este pedido de aclaración a mi inexperiencia, no por la edad sino por razones obvias.

Como indica muy bien el doctor Torello, este artículo 325 que estamos considerando hay que relacionarlo con el artículo 326. Siempre he tenido dudas en este tipo de casos; es lógico que el Juez, que tiene el escrúpulo de delicadeza, de plantear el posible impedimento moral, la incompatibilidad o la causal de excusa ante las partes en un caso determinado, les dé traslado; esto parece lógico.

Pero si una de las partes dice que no hay problema, tácitamente deja transcurrir el plazo.

¿No es ese un elemento que va a coadyugar teórica o potencialmente en el ánimo del Juez que se sintió apoyado por una de las partes y a su vez atacado por la otra?

¿Ese elemento --ya que se quiere hacer tan objetivamente, lo que me parece muy bien-- no influirá después en la liquidación del mismo, porque ningún Juez puede ser absolutamente inmune a un sentimiento de tal naturaleza?

SEÑOR TORELLO.- El sistema actual es el mismo que éste; lo único que ha eliminado el sistema vigente es una enumeración taxativa de causales --ser comensal, haber recibido dádivas o regalos-- que están contempladas con carácter general.

Se han dado muchos casos en que alguna parte ha recusado a un Juez, éste se ha rehusado a aceptar la recusación, ha ido al órgano superior y éste ha dicho que no hay causal de recusación y, que yo sepa, no se ha producido ningún caso en que la pasión del Juez por haber sido objeto de recusación, haya influido en su fallo. Hay ejemplos que podría dar en que ha ganado el que recusó.

Pienso --y el señor Senador Cersósimo, debido a su experiencia en el interior lo sabe muy bien-- que es muy difícil que en el interior, un Juez que quiera cumplir adecuadamente con su función, no se contacte con todos los abogados, sea amigo o comensal.

El problema más bien es un poco teórico; lo que se quiere es salvaguardar la potestad de la parte, es decir, que se sienta que la solución del litigio se puede ver afectada por algún presunto interés del Juez.

SEÑOR CERSOSIMO.- Conozco ese precepto y, en cierta medida, esta observación que formulo, es oportuna, en función de que hace muchos años, cuando ejercía en mi departamento, a veces la abogacía, tenía notorias ventajas para el foro.

Es anfibológico; quiere decir lo contrario: con notorias ventajas para el foro y para los demás.

Hace muchos años tenía mucha amistad --como todos los profesionales que actuábamos en el medio-- con casi todos los Jueces que pasaron por mi departamento. En un momento determinado se plantea un problema y el Juez me pide una medida determinada --en ese caso era una cuestión personal-- y me dice: "Mirá hermano, esto te lo pido por ser demasiado amigo con el Juez, a otro no se lo hubiera pedido". Me puso en un aprieto bastante importante porque era amigo de él, mucho más amigo de lo que se puede ser digamos, desde el punto de vista de un juzgamiento imparcial. El quería --a riesgo de complicarme la vida-- solicitar medidas que, de otra forma, o a otras personas, no hubiera pedido.

Aquí está establecido que sea el Tribunal el que juzgue si esas causales de excusación son o no de recibo. ¿Hay necesidad de que sean las partes las que se expidan, cuando hay nada menos que un juzgamiento jurisdiccional para que, ante el Juez, del que depende jerárquicamente, diga si está o no habilitado para excusarse o si debe seguir en el proceso, sin necesidad de que las partes directamente interesadas

en el proceso y en el resultado tengan que pronunciarse a favor o en contra de esa causal de excusación? ¿No es elemento de garantía suficiente el resto del procedimiento establecido en el precepto, que me parece de recibo y muy bien pensado?

SEÑOR TORELLO.- Vamos a ver cómo funciona el mecanismo de la recusación.

En primer lugar hay un derecho irrestricto del Juez de apartarse, por lo que se llaman razones de decoro y delicadeza. Eso se reproduce en el Código vigente que ha dado muy buen resultado; muchas veces hay cierto tipo de relaciones que no pueden ser exhibidas, mencionadas o que son tan delicuescentes, que el Juez no puede mencionarlas, en las cuales meramente con un informe verbal o escrito ante el órgano superior pide, por razones de decoro y delicadeza, que se le permita no intervenir en un asunto. Este es un recurso que usan frecuentemente los Jueces por varias razones. En ese caso no tienen que ver las partes, sino el Tribunal Superior que escucha las razones de decoro y delicadeza y, por lo general --es vieja tradición en materia judicial-- nunca se le niega al Juez el derecho de abstenerse, salvo en algún caso de extrema delicadeza, que no es tal, sino ganas de no hacer el trabajo.

Por otra parte, cuando se da una de las causales de recusación, las hipotésis que pueden plantearse son las siguientes. El Juez la denuncia, entonces, las dueñas de la recusación son las partes. Si las dos partes, tácita o expresamente, pese a esa denuncia que el Juez hace diciendo que es amigo de Fulano de Tal, coinciden en que sigue entendiendo, el Juez no puede apartarse. Las partes mismas le demuestran su confianza al Juez, pese a esa situación, porque entienden que ella no va a afectar su imparcialidad.

Se da también otra situación. Una de las partes quiere hacer valer esa causal de recusación, sea la denunciada por el Juez o la omitida. Se denuncian; en ese caso, el Juez, conociendo esa denuncia, puede aceptarla o no. Si lo hace, terminó el asunto. En cambio, si el Juez dice que no hay causal de recusación, porque es incierto que él tenga interés en ese pleito, no se va a apartar porque no es cierta la causal que se le alega. Entonces sí decide el Tribunal Superior. El sistema es un poco armónico y funciona bien.

La única diferencia que hay entre el articulado de este proyecto y el vigente es, primero, que no hay taxatividad o enunciación de las causales, que es un sistema que las

legislaciones modernas han dejado de lado. En segundo lugar, --con una observación muy aguda que formuló el señor Senador Ortiz de que en realidad no es que sean menos artículos sino que son más extensos-- se reproduce un tanto más orgánica y ordenadamente, de acuerdo a las enseñanzas de Couture, el actual sistema de recusación.

SEÑOR RICALDONI.- Con un estilo muy maragato que caracteriza al señor Senador Cersósimo, ha pasado, aparentemente, del artículo 325 al 326, lo cual supone que hemos aprobado tácitamente el artículo 325. Tengo algunas reflexiones que efectuar al artículo 326, y creo que con la redacción que le dio el doctor Torello, estaría en condiciones de ser aprobado.

SEÑOR PRESIDENTE.- Se da por aprobado el artículo 325.

SEÑOR PRESIDENTE.- En consideración el artículo 326.

Léase.

(Se lee:)

Para comenzar con las observaciones meramente gramaticales, considero que se puede hacer una variación en el tiempo de los verbos en todos los incisos. En lo que respecta al 326.1, habría que poner: "El Juez que se considerare"; en el 326.2, decir: "Cuando el Juez estimare" y en la segunda línea "Indicando la causa que motivare"; en el 326.3, "Si sólo se tratare de causales de decoro o delicadeza"; y en el 326.5, en la línea final decir: "Cuya intervención pudiere producir su separación".

Agrego que en la penúltima línea del 326.1, luego del verbo "hacerlo", hay que poner una coma.

Las principales observaciones que tengo que formular son en relación al artículo 326.4, aunque no son de fondo.

Luego del punto y coma en la cuarta línea debería ir un punto.

Quedaría: "Si la causal fuere superveniente, deberá ser deducida de inmediato al conocimiento de su existencia".

Este es un giro un poco confuso; por lo tanto, sugiero poner:"Deberá ser deducida no bien se tuviere conocimiento de su existencia".

Luego, se habla de citación para sentencia. Eso lo hemos suprimido y deberá decir: "Hasta la conclusión de la causa".

Quiere decir que el artículo 326.4 quedará redactado de la siguiente forma: "El incidente de recusación podrá ser promovido por la parte interesada aun cuando nada haya expresado el Juez. En este caso, la recusación deberá plantearse en la primera actuación que la parte realice en el proceso. Si la causal fuere superveniente, deberá ser deducida no bien se tuviere conocimiento de su existencia, hasta la conclusión de la causa".

En el artículo 326.5, en lugar de decir "Que no tiene causal de recusación", sería más conveniente expresar "Que no sea recusable", suprimiendo la coma que hay después de la palabra Juez. Más adelante, hay que cambiar "pueda producir","por pudiere producir".

SEÑOR RICALDONI.- Con respecto al artículo 326.3, creo que no corresponde que la norma diga que cuando se trata de causales de decoro o de delicadeza, el Juez no podrá inhibirse de oficio si no obtiene la previa autorización del Tribunal; si requiere este requisito, es porque no puede inhibirse de oficio. Por lo tanto, pienso que debería decir que no podrá inhibirse si no obtiene la previa autorización.

SEÑOR TORELLO.- Lo que ocurre es que está en contraposición con el ordinal segundo. El artículo 326.2, prevé las causales de inhibición de oficio. Si, por ejemplo, se presenta ante el Juez un pleito en que hay una relación de parentesco, es obvio que más allá de razones de delicadeza o decoro, existe una razón que el viejo Código llamaba de impedimento absoluto. Aquí se usan un poco promiscuamente las palabras impedimento y recusación.

SEÑOR PRESIDENTE.- Quedamos de acuerdo en quitar la expresión "de oficio".

SEÑOR RICALDONI.- Con respecto al artículo 326.3, deseo saber qué solución se prevé cuando se solicita la inhibición por razones de decoro o delicadeza.

SEÑOR TORELLO.- Lo que quisimos resolver aquí es un problema que no está solucionado en el Código de Procedimiento Civil y que nos ha dado muchos dolores de cabeza.

En la época en que se integraban los Tribunales de Apelaciones se mandaba la inhibición por decoro o delicadeza a la Suprema Corte de Justicia. Esta, entendiendo que seguía

rigiendo el sistema del Tribunal superior, integrado por tres Tribunales de Apelación, consideraba que debía decidirlo el mismo Tribunal.

En este caso, lo que va a señalarlo no va a ser un Tribunal sino un Bibunal, si se trata de un Tribunal de Apelaciones.

En la práctica, el miembro que se excusa por razones de decoro y delicadeza, plantea el problema ante los otros miembros del Tribunal. Una vez aceptado el planteo de la abstención, se efectúa un sorteo, integrándose el Tribunal con un tercer miembro.

Por lo tanto, pienso que lo que funciona bien en la práctica, no conviene cambiarlo.

SEÑOR RICALDONI.- El artículo 326.5, presenta una solución que me plantea ciertas dudas. Me doy cuenta que la intención es la de evitar que una de las partes, deliberadamente --adiviando el resultado del proceso-- se ponga a buscar a algún profesional que provoque la exclusión del conocimiento del juicio de un Juez.

Se me ocurre que ese tipo de hipótesis, que no es de fantasía, tampoco significa demasiada ventaja para el que procura, por ese mecanismo, excluir a determinado Juez, porque, en general, esa situación se da cuando ya de las pruebas, de la conducta de las partes, se puede deducir que será reconocido --hablo en términos generales-- por el Juez que está conociendo la causa y por el que pueda sustituirlo.

Me pregunto si no sería mejor en lugar de establecer esta solución que aquí se prevé, buscar alguna de otro tipo. Es decir, determinar que después que un Juez que no tiene causal de recusación haya comenzado el estudio de un asunto, no podrá jugar, por la vía de la sustitución del abogado del procurador correspondiente, la posibilidad de la remoción del Juez. O sea, que una vez iniciadas las actuaciones, ya no habrá lugar para la sustitución de los profesionales. Pienso que esa solución es más viable que la de limitar la posibilidad de sustitución del profesional, porque pueden darse situaciones de otro tipo en el sentido de que una parte, por razones totalmente lícitas prescinda de un abogado y requiera los servicios de otro. En ese sentido, lo hará

a su riesgo y paciencia. No es fácil buscar una solución porque una parte puede mejorar su defensa --o creer que lo hace-- buscando sustituir a un abogado que está muy allegado al Juez.

No termina de convencerme esta norma, porque entiendo que impedir la sustitución de los profesionales tiene sus inconvenientes.

SEÑOR VESCOVI.- Concordando con lo que expresó el doctor Torello, debo decir que este artículo es casi el mismo que está en el Código y no planteó problemas.

SEÑOR TORELLO.- Este problema no se plantea tanto en Montevideo como en el interior.

Apelando a la memoria del señor Senador Cersósimo que como Funes --el memorioso del cuento de Borges-- le pregunto si no recuerda una época en que todo San José iba a Colonia.

SEÑOR CERSOSIMO.- Lo recuerdo muy bien.

SEÑOR TORELLO.- Este es un procedimiento utilizado para demorar las secuelas de un juicio, es decir, se hace intervenir a un abogado que está mal con un juez y, aun sin la causal de recusación, éste se abstiene por decoro y delicadeza, por el hecho de haber sido denunciado por ese profesional. Por lo tanto, mientras el pleito volvía a San José se producían unas demoras increíbles. Lo que el Código actual no solucionaba era el problema de la abstención del Juez por decoro y delicadeza.

SEÑOR PRESIDENTE.- Puesto que el señor Senador Ricaldoni ha retirado su última objeción, damos por aprobado el artículo 326, eliminando del 326.3 la expresión "de oficio".

Léase el artículo 327.

(Se lee:)

La Presidencia hace notar que en la segunda línea del 327.1 debe decir "en el de abstención", porque se trata de otro incidente como el de recusación.

Como señaló el señor Senador Cersósimo, también debe decirse "conforme con la ley" y no "conforme a la ley". En

esa misma línea, luego de la palabra "éste", debe colocarse una coma.

Asimismo, en la tercera línea, debe decirse "tratare".

Si no se hace ninguna otra observación, se da por aprobado el artículo 327.

Léase el artículo 328.

(Se lee:)

SEÑOR RICALDONI.- La única observación que tengo que hacer está referida al 328.3 donde dice que si el Juez no acepta la causal de recusación, se dispondrá la elevación del incidente a conocimiento del Tribunal que corresponda, por el hecho de que no siempre se eleva al Tribunal que corresponde. A veces, el Tribunal del que forma parte el Juez en cuestión es el que resuelve. Se me ocurre que debería decirse algo así como que si el Juez no acepta la causal de recusación, entenderá el Tribunal que corresponda. A veces, el incidente es elevado, pero, en otras no se hace eso. Eso sucede si se trata de un organismo colegiado.

SEÑOR TORELLO.- Hay una pequeña sutileza que quizás no valga la pena manifestarla.

El incidente de recusación tiene una peculiaridad. Es el único proceso donde el Juez es parte. O sea, cuando existe una recusación, la parte recusada es el Juez. Hablamos del Juez, que puede ser unipersonal o pluripersonal.

Cuando se realiza una recusación, no se dirige a todo el Tribunal, sino al Juez, a un solo integrante. En ese caso, éste podrá decir si acepta o no; si no lo hace tiene que disponer la elevación, puesto que existe un organismo superior a ese Juez, que es el Tribunal colegiado del que es miembro.

Es posible que pueda suscitarse el reparo que muy atinadamente menciona el señor Senador Ricaldoni; pero habría que buscar alguna palabra para indicar ese procedimiento. Un Ministro del Tribunal tiene en su conocimiento esa demanda de recusación que se le ha hecho en el expediente y cuando lo devuelve al Tribunal, si no lo acepta, lo hace con una

25 x

exposición que se va a someter al juicio de ese Tribunal en relación a la causal de recusación.

SEÑOR RICALDONI.- Entonces podría decirse: "Se dispondrá la elevación del incidente a conocimiento del Tribunal superior o de aquél del que forma parte".

SEÑOR TORELLO.- Si usted lee, señor Senador, verá que el artículo 327 dice: "Cuando se tratare de la recusación de un integrante de un órgano colegiado, entenderá éste integrado conforme a la ley". O sea que ese Juez, a los efectos de la recusación, ya no integra el Tribunal.

SEÑOR CERSOSIMO.- Tendría que hacer algunas sugerencias, por su orden, con respecto a varios numerales.

El numeral 2º debería decir: "Presentada la demanda, si el Juez recusado la aceptare y se abstuviere de intervenir en el asunto, la remitirá al subrogante, si se tratare de un integrante de un órgano colegiado, será sustituido conforme con la ley".

SEÑOR TORELLO.- Debe decir: "los remitirá". Son los "autos" los que remite.

SEÑOR PRESIDENTE.- La Mesa considera que hay que guardar un orden en esta discusión. En puridad, debo expresar que los asuntos no se remiten. Es una observación "sotto voce" que me hacía el señor Senador Ortiz, cuando se decía recién que disponía la elevación del incidente. En realidad, no es el incidente lo que se eleva, sino el expediente, los autos. Creo que deberíamos expresar: "Presentada la demanda, si el Juez recusado la aceptare y se abstuviere de intervenir en el asunto, remitirá los autos al subrogante".

Si no hay otra observación, queda aprobado en esa forma.

SEÑOR CERSOSIMO.- Me voy a referir ahora al numeral 3º: "Si el Juez no aceptara la causal de recusación, se dispondrá la elevación del incidente a conocimiento del Tribunal que correspondiere".

SEÑOR ORTIZ.- Creo que debería decir: "Se someterá el incidente al Tribunal que correspondiere".

SEÑOR PRESIDENTE.- En lugar de decir: "Se dispondrá la eleva-

25 x

ción", debería decir: "se someterá el incidente a conocimiento del Tribunal que correspondiere".

En el artículo 328.3, en lugar de decir: "formándose pieza separada", después de la coma, podría decirse, para más claridad, "...de todo lo cual se formará pieza separada".

Si no hay observaciones, se adopta este criterio.

SEÑOR CERSOSIMO.- El 328.4, creo que debería decir: "La demanda de recusación o el planteo de oficio no suspenderá el trámite del proceso hasta que éste llegare estado de dictar sentencia interlocutoria o definitiva. Los actos cumplidos serán válidos aún cuando se declarare fundada la recusación".

El 328.5, debería decir: "...si la considerare", etcétera.

En el 328.6, inciso 2º, hay dos verbos en infinitivo.

en mi concepto, debería decir: "El Tribunal podrá reservarse dictar sentencia por separado dentro del plazo de quince días o diferir la formulación de los fundamentos del fallo...", etcétera. Digo esto, porque lo de "proferido" no le gustaba al señor Senador Ortiz. Luego seguiría lo demás, es decir, "dentro de los diez días posteriores".

Ahora, tengo una pequeña duda con respecto a este numeral 4º. Está redactado en futuro y dice así: "La demanda de recusación o el planteo de oficio no suspenderá el trámite del proceso hasta que éste llegue". No sé si debería decir: "llegare" pero parece que está bien tal como ha sido redactado.

SEÑOR PRESIDENTE.- Me parece que con respecto al 328.1, creo que podemos invertir un poco la redacción para un mejoramiento de la inteligencia del precepto: "La demanda de recusación se planteará ante el propio Tribunal del Juez recusado, con la indicación y solicitud de toda la prueba que se pretenda diligenciar". (Artículo 118).

En el 328.6, creo que se debe suprimir la coma después de la palabra "audiencia". Más adelante dice: "sobre la cual alegarán brevemente". ¿Quiénes? ¿Por qué no se dice? Y luego se agrega: "...y se dictará sentencia". Después de la palabra "dictará" debe ir una coma y decirse "...la que será inapelable".

rp.6
D/404

Luego, podríamos poner "...sobre la cual éstos alegarán brevemente".

En la última oración de este artículo, deberíamos decir: "No admitirá recurso alguno".

En el 328.7, sugiero cambiar el orden de la redacción y decir: "...en la audiencia a que refiere el numeral anterior, el Ministerio Público será oído en último término".

En consecuencia, si no hay más observaciones que formular, damos por aprobadas estas modificaciones.

Léase el artículo 329.

(Se lee:)

SEÑOR ORTIZ.- El 329.1 dice: "Los Fiscales serán recusables, salvo que actúen en calidad de partes, por las mismas causales", pero las causales no están en el artículo anterior.

Las causales no están en el artículo anterior, sino en el artículo 325. Quedaría "en los artículos anteriores".

SEÑOR PRESIDENTE.- En este mismo artículo, sugiero eliminar el gerundio y poner "será competente para entender en el incidente, el Tribunal que conoce en el ~~asunto.--" --no~~ "en que aquél se plantea-- "...en que éste se plantea". Quedaría así: "Los Fiscales serán recusables, salvo que actúen en calidad de partes, por las mismas causales y por el mismo procedimiento establecido en los artículos anteriores. Será competente para entender en el incidente el Tribunal que conoce el asunto en que éste se plantea".

SEÑOR RICALDONI.- No entiendo qué quiere decir "salvo que actúen en calidad de partes".

SEÑOR VESCOVI.- Como se sabe, el Fiscal puede actuar como parte, como tercero o como auxiliar del Juez, que ahora la Ley Orgánica llama "informante técnico".

Cuando es parte, no hay inconveniente que el Fiscal tenga interés en el asunto; al contrario debe tenerlo. En el otro caso, actúa en calidad de tercero imparcial; pero cuando actúa como parte, no hay ninguna razón para que no lo afecten

las circunstancias que comúnmente tienen que ver con las partes.

SEÑOR RICALDONI.- No quisiera abusar de la amabilidad del doctor Véscovi, pero le rogaría nos diera algún ejemplo de casos en que el Fiscal actúa como parte.

SEÑOR VESCOVI.- El Fiscal de lo civil, en la nulidad del matrimonio; algunos casos de pérdida de patria potestad; en materia contenciosa, cuando el Fiscal de Hacienda representa al Estado. En ese caso, recibe el mismo tratamiento que las partes, y se le puede acusar en rebeldía, etcétera, sin que pueda objetársele que deba tener imparcialidad.

SEÑOR RICALDONI.- De cualquier manera, en la tarea del Fiscal está implícito el deber de imparcialidad y objetividad. En el caso de nulidad de matrimonio, hay cuestiones vinculadas con el orden público muy importantes, en el caso de la actuación de un Fiscal en materia de hacienda pública, lo mismo. Entonces, la amistad o enemistad con la contraparte no creo contribuya a darle al proceso la limpieza que debe tener.

SEÑOR TORELLO.- Bien se sabe que el Ministerio Público, actuando como parte, es lo que se llama en doctrina "la parte imparcial", aunque parezca un absurdo, porque el Ministerio Público actúa por un interés general y nunca por uno personal. Cuando éste acusa, como parte en nuestro proceso penal, tiene que ceñirse al orden de la legalidad.

Por eso está dado el instituto de sobreseimiento en que la propia parte, o parte proba, actúa dentro de ese orden, conforme a derecho.

En materia civil, los casos de intervención como parte del Fiscal son un tanto difíciles de señalar. Se da en la pérdida de patria potestad, en la nulidad del matrimonio cuando no la pide uno de los cónyuges contra el otro, sino el Ministerio Público, que tiene conocimiento de los hechos. El hecho de que tenga un interés en el pleito, amistad o enemistad, será apreciado disciplinariamente por su jerarca, el Fiscal de Corte, que es el que controla esa cuestión en el proceso. Tampoco podemos controlar la amistad que un abogado que me está asistiendo a mí pueda tener con el abogado de la parte contraria, por ejemplo. De todos modos, el interés que pueda tener el Ministerio Público cuando actúa

25x

como parte, a nuestro entender coadyuva con el propio proceso y, por el contrario, no es desdoroso. Por supuesto, tiene que conducirse dentro de ciertos límites de imparcialidad.

SEÑOR RICALDONI.- En un caso de pérdida de patria potestad, que siempre es delicado, imaginemos que el Fiscal está enemistado con la madre que pide la pérdida de la patria potestad del padre, por razones muy graves. No me parece conveniente que, en esos casos, ese Fiscal siga entendiendo en el asunto, porque es tan susceptible de ser víctima de sus subjetivismos y pasiones, como el juez. Si lo que queremos es una actitud limpia dentro del proceso, no veo cómo podemos tratar de una manera a los jueces y de otra a los Fiscales. Yo estaría de acuerdo con esta fórmula, en la medida que no existiera todo este instituto de la recusación y de la abstención, que figura antes. Si lo que estamos buscando es que los funcionarios ejerzan su actividad sin la presión de los intereses, no me parece que dando un tratamiento al Juez y otro diferente al fiscal, le hagamos un bien a los procedimientos.

SEÑOR VESCOVI.- El caso que puso el señor Senador no es el que corresponde, porque si hay una madre que sigue un juicio de pérdida de patria potestad contra el padre, el Fiscal actúa como tercero y no como parte. Aquí lo que se trata de hacer es señalar que cuando el Fiscal actúa en defensa de una parte, no importa que esté consustanciado con esa parte, o que sea enemigo de la parte contraria, porque eso no interesa. Es como si pretendiéramos impedir que el abogado defendiera a una parte cuando es enemigo de la parte contraria. Cuando el Juez actúa dictando justicia, debe tener imparcialidad y el fiscal, formalmente, también, salvo cuando actúa como parte, en cuyo caso es una parte parcial, a pesar de la expresión que como dice el doctor Torello se ha usado para el proceso penal, donde se aclara que el Fiscal es una parte imparcial. Esto nos llevaría a una serie de elucubraciones teóricas porque hay quien sostiene que el Fiscal puede apelar a favor del imputado, ya que está tratando de que se imponga el Derecho. Lo demás entra en el normal desempeño de la función pública; es cualquier funcionario público que, en el desempeño de su función, tiene que actuar dentro de ciertas reglas y dentro de la legalidad. El mecanismo del proceso es un triángulo formado por el Juez imparcial y las dos partes parciales en los vértices. Cuando el Fiscal está colocado a la misma altura que el Juez para actuar como tercero, debe ser imparcial; cuando está situado en la parte de abajo del triángulo, en uno de los dos extremos, como actor o como demandado, no importa que sea parcial.

rp.9
D/404

25x

SEÑOR TORELLO.- El propio Código del Proceso Penal dice que el Ministerio Público no es recusable, porque en el proceso penal actúa siempre como parte. Ahí señala que no le afectan las causales de recusación que afectan al juez.

Creo que se podría analizar un poco más.

SEÑOR CERSOSIMO.- Desearía realizar alguna pequeña modificación a la redacción.

Sugiero que se diga: "Los Fiscales serán recusables, salvo cuando actúen en calidad de partes, por los mismos procedimientos y causales establecidos en los artículos anteriores. Será competente para entender en el incidente, el Tribunal que conozca en el asunto en que éste se plantea". Creo que, desde el punto de vista gramatical, esta redacción resulta más congruente.

SEÑOR TORELLO.- Aún no hemos dirimido la objeción formulada por el señor Senador Ricaldoni, que es de orden filosófico.

SEÑOR CERSOSIMO.- La objeción planteada por el señor Senador Ricaldoni es más de fondo, mientras que la modificación que yo propongo es puramente gramatical. Apreciado en forma objetiva, parecería que al proyecto le asiste cierta razón, aunque si los doctores Torello y Véscovi desean estudiarlo mejor, no tengo inconveniente.

SEÑOR TORELLO.- El artículo vigente es el 814 del Código de Procedimiento Civil y expresa: "Los Fiscales o Agentes Fiscales no son recusables cuando ejercitan la acción pública como parte principal en el asunto". Este sistema nos rige desde el año 1878.

SEÑOR RICALDONI.- Como antecedente, acepto el argumento, pero ello no quita que mantenga mi objeción.

Si en definitiva se acogiera la tesis que estoy insinuando, creo que habría que modificar también el artículo 328, donde se establece lo mismo que consagra el artículo 329.

SEÑOR PRESIDENTE.- Para ser prácticos, como se trata de una observación que hace a un problema de fondo y sobre la cual no habíamos pensado, sugiero dejar en suspenso el artículo 329.1 a los efectos de poder meditar el planteamiento del señor Senador Ricaldoni. De ser necesario, también reconsideraríamos el artículo 328.

jac.1

Con respecto al artículo 329.2, creo que en su última línea debe decir: "Si el incidente se hallare pendiente y llegare la oportunidad de dictaminar sobre el fondo del asunto...", quedando el resto del artículo redactado tal como está.

SEÑOR RICALDONI.- Deseaba hacer una pregunta a los doctores Torello y Véscovi respecto al alcance que tiene la última frase del artículo 329, donde dice: "Desechada la recusación, la causa volverá al Fiscal original, pero siempre una vez que el subrogante se haya expedido...".

Concretamente, quisiera saber si se trata de la actuación que tiene entre manos en ese momento o si se refiere a todas las actuaciones ulteriores que tendría que llevar a cabo el Ministerio Público, y no aquella inmediatamente siguiente al pronunciamiento referido a desechar la recusación. Si el Fiscal tuviera que expedirse sobre el fondo del asunto, no entiendo para qué vuelve al Fiscal original si ya terminó la tarea del Ministerio Público.

SEÑOR TORELLO.- El sistema es congruente con el que se establece para el Juez recusado que no acepta la recusación. Se le permite seguir entendiendo en el asunto, porque el interés en que el proceso avance es más importante que la recusación, pero se le impide actuar cuando va a dictar sentencia interlocutoria definitiva.

El ordinal segundo del artículo 329 dice que el Fiscal podrá seguir dictaminando sobre cuestiones meramente formales, pero no sobre el fondo del asunto, o alguna cuestión de fondo que se suscite durante el trámite del mismo. No sólo puede tratarse del pronunciamiento final, sino de algún incidente u otra actuación conexa que deba ser decidida. Así debe entenderse la expresión "fondo del asunto". Pero cuando llegue ese momento, se pasa al Fiscal subrogante. Si se desecha la recusación, no vuelve al Fiscal sino hasta que el otro Fiscal se haya pronunciado, para evitar inútiles dilaciones.

Por otra parte, la intervención del Ministerio Público no termina meramente en este caso, porque puede suceder que haya una apelación, que deba entenderse en segunda instancia, precisamente, por aquel Fiscal cuya recusación se desechó.

SEÑOR CERSOSIMO.- En el inciso final del artículo 329.2 se establece: "Desechada la recusación, la causa volverá al Fis-

cal original". Creo que este término no es de recibo, porque algunos fiscales pueden no ser muy originales. Además, agrega: "...pero siempre una vez que el subrogante se haya expedido...". Me parece más correcto establecer: "en todo caso una vez", ya que el vocablo siempre no es una expresión demasiado técnica.

SEÑOR TORELLO.- Podría decirse: "El Fiscal originario" y "una vez que el subrogante".

SEÑOR PRESIDENTE.- En consecuencia, la parte final del artículo 329.2 quedará redactada de la siguiente manera: "Desechada la recusación, la causa volverá al Fiscal originario, una vez que el subrogante se haya expedido, si ya hubiere recibido el expediente.

Se pasa a considerar el artículo 330, referente a recusación de secretarios, actuarios, alguaciles y jueces comisionados.

Léase.

(Se lee)

En consideración.

SEÑOR ORTIZ.- Me parece que el sentido de la expresión "sin más recurso" es, en realidad, "sin más trámite". Se trata de cosas diferentes; puede no haber más recurso, pero quedar trámites pendientes. Inclusive, podría establecerse "sin más trámite", agregándole también que "no habrá recurso alguno".

SEÑOR PRESIDENTE.- Creo que tiene razón el señor Senador Ortiz y entiendo que es necesario decir ambas cosas, o sea, sin más trámite y sin recurso alguno.

SEÑOR FA ROBAINA.- Me asalta la duda de hasta dónde es conveniente incluir aquí a los secretarios, por dos razones: porque en el caso de que --como parecería-- los secretarios desaparecieran para ser transformados en jueces, aquí quedaría sentado un nombre que no tendría aplicación práctica en el futuro; y porque, suponiendo que subsistiera este funcionario, parecería que puede recusarse a un alguacil o a un actuario, pero no a un secretario que es meramente un auxiliar técnico del juez.

SEÑOR RICALDONI.- Es el que hace la sentencia.

jac.3
D/404

25x

SEÑOR FA ROBAINA.- Obviamente, sabemos que en la práctica, el que pone la firma y asume las responsabilidades es el Juez. Eso es lo que explica que en algunos lugares, refiriéndose a los funcionarios, se diga que son "sirvientes de lujo" de los Juzgados.

SEÑOR VESCOVI.- Cuando nos referimos a los secretarios o a los actuarios, estamos haciendo alusión a los de la Suprema Corte de Justicia o a los de los Tribunales de Apelaciones. Les llamamos secretarios por la propia denominación que les da la ley. Además, en ninguna parte de este Código se dice que los secretarios vayan a ser suprimidos.

Por otro lado, creo que si hay una enemistad permanente con el secretario que tiene a su cargo determinado asunto, de pronto eso puede significar una traba.

SEÑOR TORELLO.- Acá no se prevé a los secretarios de los Jueces con los nombres que nosotros conocemos. Se trata de quienes hacen de actuarios en los Tribunales de Apelaciones. El actuario, en verdad, es un funcionario de importancia porque maneja el expediente.

SEÑOR ORTIZ.- En realidad, si se puede recusar a todos, también habría que dar esa posibilidad con el jefe de despacho y los auxiliares, porque hacen cualquier cosa.

SEÑOR CERSOSIMO.- O sea, que en el inciso primero se establece que la recusación se hará sin más trámite y sin recurso alguno.

SEÑOR TORELLO.- No se puede apartar a un funcionario sin escucharlo, y si se pusiera solamente sin más trámite, significaría que ante la mera denuncia de recusación se lo debe separar. Por lo menos, hay que escuchar al funcionario.

Es posible que muchos funcionarios estén contentos porque trabajan menos, pero hay otros que se pueden sentir afectados. Eso es lo que se quiso establecer. Incluso es un principio general que, hasta cierto punto, importa un tipo de sanción apartar a alguien.

jac.4
D/404

25x

SEÑOR CERSOSIMO.- Por lo tanto, lo resuelto no admitiría recurso alguno.

SEÑOR PRESIDENTE.- Pienso que el segundo inciso debe decir: "El Tribunal podrá disponer el alejamiento preventivo del funcionario recusado, en cualquier estado del procedimiento y en atención a la gravedad de las circunstancias". No hay que referirse al asunto porque va de suyo.

Si están de acuerdo, se aprueba el artículo 330 con la redacción dada.

Se pasa a considerar la Sección III, "Contienda de Competencia", artículo 331.

Léase.

(Se lee)

SEÑOR CERSOSIMO.- En el último renglón, hay que poner acento al término "cuál".

SEÑOR PRESIDENTE.- Si están de acuerdo, se aprueba el artículo 331.

Pasamos a la Sección IV, "Rendición de cuentas".

Léase el artículo 332.

(Se lee)

SEÑOR RICALDONI.- Creo que sería altamente ilustrativo, por lo menos para el que habla, que los profesores presentes nos expliquen el alcance de este artículo.

SEÑOR VESCOVI.- En la situación actual, al no existir este artículo, se produce un verdadero caos respecto al tema de la rendición de cuentas.

La demanda de rendir cuentas es muy común, pero luego se plantea un caos procesal cuando se empieza a discutir si

lo que debe resolver el Juez es que determinada persona debe rendir cuentas o no, si las rindió bien, etcétera. O sea que esto no está regulado y es muy frecuente que se pida una rendición de cuentas. Por tal motivo, quisimos establecer un mecanismo sencillo por el cual, en una primera etapa, se podría discutir si correspondía o no la rendición de cuentas. Si se establece que está obligado a rendirlas, entonces viene luego el procedimiento de discusión de las cuentas, que figura en el artículo siguiente.

SEÑOR TORELLO.- El problema es que la rendición de cuentas propiamente dicha requiere, primeramente, la certeza de que alguien está obligado a rendirlas. Actualmente, eso provoca un caos en materia jurisdiccional.

En el viejo procedimiento de las cantidades ilíquidas derivadas de frutos o de daños y perjuicios, hay dos tipos de procedimiento: cuando es de frutos, se le obliga al propio deudor a presentar la liquidación de cuentas bajo apercibimiento de que si no, se tomarán las que presente el acreedor; en cambio, cuando es de daños y perjuicios, como quien los conoce es el acreedor, éste es el que debe presentarlos.

Esto mismo se establece para la rendición de cuentas, que es un problema que aflige sobre todo en materia de relaciones bancarias. Allí se suscitan cantidad de problemas con los administradores de los bienes. De esta manera, se busca eliminar una cantidad de dificultades que se presentan ahora. Por eso se denomina declaración preliminar. Conectado con el otro artículo, se ve cómo funciona cuando el Juez declara que se deben rendir cuentas.

SEÑOR RICALDONI.- Pienso que esta norma es muy importante y, en ese sentido, estoy de acuerdo con lo que acaban de manifestar los profesores Véscovi y Torello. Pienso que, por los menos durante los primeros tiempos de vigencia del nuevo Código de Procedimiento Civil, estas versiones taquigráficas podrán ser de mucha utilidad para los estudiosos a los efectos de conocer el alcance real de las distintas disposiciones que aquí figuran.

En ese sentido, deseo formular otra pregunta a los invitados. Si no estoy equivocado, dentro de nuestra estructura procesal en estos momentos tenemos, por un lado, a los distintos juicios de contradictorio que terminan con un pronunciamiento de tipo jurisdiccional y, por otro, las llamadas medidas preparatorias al juicio.

Esto sería consagrar algo que participaría en parte de la característica de las medidas preparatorias y de los juicios. Quisiera saber si realmente es así.

En segundo término, si participaran de las características de las medidas preparatorias y de los juicios, ¿existe norma --o en su defecto no sería conveniente que la hubiera-- para que se fijara un plazo para que el futuro actor iniciara el juicio? De lo contrario nos estaríamos encontrando con un problema de un pronunciamiento judicial que podría no tener otra finalidad que la de perturbar el juicio.

SEÑOR VESCOVI.- En realidad la naturaleza está referida en los dos artículos. Por el primero, hay una remisión al procedimiento incidental; por el segundo, hay una remisión al procedimiento ordinario. Podríamos decir que en un caso sería una medida previa al juicio anterior, pero es un procedimiento incidental anterior. En realidad estamos ante una acción declarativa. Esa es la naturaleza esencial del artículo 332, acciones declarativas que consagramos en el artículo 11 del Código, diciendo que todos tienen derecho a pedir el pronunciamiento judicial, inclusive la mera declaración, circunstancia que al no estar consagrada ahora, no ha sido óbice para que a partir de De María y de Couture se admitan, como sucede, en la prescripción adquisitiva.

En este caso se podría decir que sería como una medida preliminar al juicio anterior. Nos ha parecido que no era necesario, o simplemente no lo pensamos.

SEÑOR TORELLO.- En verdad es una diligencia preparatoria destinada a tener un pronunciamiento de "accertamento" declaratorio, o sea establece una certeza. Pero inmediatamente en el artículo 333 vemos que está inmediatamente ligado al procedimiento en algún caso, distinto de lo que pasa con la diligencia preparatoria, que puede ser seguida o no del otro juicio, o de la propia cautelar, que es donde se fija el plazo para el mismo.

Con permiso del señor Presidente que le gusta --con razón-- hacer ordenado el debate de acuerdo a los textos, voy a leer lo que establece el artículo 333 en su inciso primero: "Si la resolución ejecutoriada declarase que el demandado está obligado a rendir cuentas, se le intimará que las presente dentro del plazo prudencial que el Tribunal le señalará". O sea que parece que se trata de procedimien-

tos sin solución de continuidad. Si las presenta, ahí viene lo otro que se declara. Ya se estableció que había obligación de rendir cuentas, y, ahora, lo que se va a discutir es si las cuentas están bien o mal rendidas, con todas las consecuencias que tiene una sentencia que apruebe una Rendición de Cuentas.

El inciso tercero --volviendo a aquéllo que recordaba acerca de cómo se liquidaban los frutos cuando no lo hacía el deudor-- le dice que se estará a las cuentas que presente la parte contraria. O sea que técnicamente funciona como una diligencia preparatoria; pero está tan unida al propio proceso de discusión de las cuentas, que parece que es más técnico ponerlos como dos fases de un mismo proceso.

SEÑOR RICALDONI.- ¿Me permite, señor Presidente?

Hace unos minutos el doctor Véscovi me señalaba "a sotto voce" que una parte de mi comentario anterior estaba previsto en el artículo 333. Lo he estado mirando con cuidado y creo que es en parte exacto que este artículo tenga una previsión acerca de plazos, porque prevé uno para la presentación de la Rendición de Cuentas; pero lo que pregunté era si había luego --no es una crítica de que no lo haya, sino simplemente una pregunta-- un plazo, una vez producida la Rendición de Cuentas, para que quien la hubiera reclamado se declarara satisfecho o iniciara el juicio correspondiente. Se me puede contestar --y me serviría como respuesta-- que para eso está el juicio de jactancia.

SEÑOR VESCOVI.- ¿Me permite una interrupción?

El mecanismo, a mi juicio, es así: después de declarado que hay que rendir cuentas, si el que es condenado de alguna manera a hacerlo, lo cumple, de eso se da traslado a la otra parte y ella lo contesta, porque se sigue el procedimiento ordinario. Tiene posibilidad de objetarla o no; funcionará un poco como cualquier proceso ordinario. Si no la objeta, el Juez podrá aprobarla entendiendo que hay un allanamiento, y si no se abrirá prueba, se determinará quién tiene razón o no, y, finalmente, el Juez será el que debe aprobar o no en la sentencia la Rendición de Cuentas.

SEÑOR PRESIDENTE.- Se da por aprobado el artículo 332.

tpe.2

La Mesa propone que se omita la lectura del artículo 333 porque lo hemos estado estudiando y, además, el doctor Torello explicó perfectamente cuál es su contenido.

Deseo hacer una observación con respecto a la última oración de este artículo. En lugar de decir "También en este caso las cuentas se discutirán en proceso ordinario" pienso que sería mejor establecer: "En este caso, las cuentas también se discutirán en proceso ordinario".

SEÑOR CERSOSIMO.- ¿Me permite, señor Presidente?

Sugiero, salvo mejor opinión, que el inciso primero en lugar de decir "declarase", diga "declarare". Y en el renglón segundo del inciso tercero debería decirse "se estará a las cuentas que presente la parte contraria, en todo cuanto el obligado a rendirlas no probare ser inexacto".

SEÑOR PRESIDENTE.- Se da por aprobado el artículo 333.

Se pasa a considerar el Capítulo IV "Tercerías".

En consideración el artículo 334. "Procedimiento".

Léase por Secretaría el artículo 334.1 "Tercería Voluntaria".

(Se lee)

SEÑOR ORTIZ.- ¿Me permite, señor Presidente?

¿Cómo funciona esto? Porque de la lectura parecería que primero se le da intervención y después se resuelve la admisión o rechazo.

SEÑOR TORELLO.- La tercería voluntaria es, como se suele decir, la injerencia propia de alguien en un proceso ya planteado. Hay un tercero que tiene interés en participar en ese proceso, porque entiende que la sentencia lo puede afectar de alguna manera. Quiere intervenir en el proceso y se presenta en él. Lo primero que se va a decidir es si está legitimado para actuar; es decir, si tiene interés directo, personal y legítimo para actuar. Eso lo resuelve el Tribunal, pero previamente escucha a las partes sobre la factibilidad de la intervención del tercero.

tpe.3

Por eso se refiere luego a los artículos que regulan la necesidad de aportar la prueba, con la demanda y con la contestación, de manera tal que no haya período probatorio posterior.

SEÑOR PRESIDENTE.- La Presidencia consulta si quedaría mejor decir que se conferirá traslado de su intervención, en lugar de, "sobre su intervención".

SEÑOR TORELLO.- De acuerdo.

El texto del artículo 332: Declaración Preliminar, me parece que está mal. En lugar de decir "con derecho a exigir a alguien", debe decir "a exigir de alguien". También al principio, debe decir: "Todo aquel que se considerare".

SEÑOR PRESIDENTE.- Entonces, el artículo 332, en su primera línea quedaría redactado así: "Todo aquel que se considerare con derecho a exigir de alguien".

En consideración el artículo 334.2.

Léase.

(Se lee)

Pienso que se podría mejorar la redacción, expresando: "El tercero coadyuvante formará una sola parte con la coadyuvada. Si resultare indispensable a dicho efecto, podrá el Tribunal imponer la representación por procurador común".

SEÑOR RICALDONI.- Deseo saber si las tercerías coadyuvantes y excluyentes son especies del género tercerías voluntarias.

SEÑOR TORELLO.- Exactamente.

SEÑOR PRESIDENTE.- En consideración el artículo 334.3.

Léase.

(Se lee)

La segunda oración de este artículo creo que debe decir: "Cuando el tercero excluyente alegare hechos y ofreciere prueba".

Si no hay observaciones, queda aprobado el artículo 334.

En consideración el artículo 335.

Léase.

(Se lee)

SEÑOR TORELLO.- En el artículo 335.1, donde dice: "Sobre los cuales tiene un mejor derecho", debe decir, "tuviere un mejor derecho".

SEÑOR PRESIDENTE.- La penúltima línea, siendo una cláusula tan larga, quedaría mejor decir: "El plazo común de seis días. Se seguirá, en lo demás el procedimiento regulado por los artículos 321 y 322".

En consideración el artículo 335.2.

Léase.

(Se lee)

A los efectos de abreviar la extensa cláusula del parágrafo tercero, sugiero decir, luego de la referencia a las partes: "con citación a las partes. Estas sólo podrán oponerse alegando y probando el error del informe registrado o su falsedad. Las oposiciones de cualquier otro género no serán admitidas,...".

En la segunda línea de la segunda oración, debe decir: "No será necesaria la tramitación de tercería de dominio, cuando se tratare de bienes cuya propiedad surja de inscripción en Registros Públicos".

En consideración el artículo 335.3.

Léase.

(Se lee)

SEÑOR RICALDONI.- Subrayo el hecho de que considero que hay aquí un sensible mejoramiento de las disposiciones en la materia, que dan pie a cualquier tipo de chicana por parte de los deudores.

tpe.5

25x

SEÑOR PRESIDENTE.- Si no hay observaciones, queda aprobado el artículo 335.

En consideración el artículo 336.

Léase.

(Se lee)

En lugar de decir "probase ser suyos", debe decir, "probare ser suyos".

Si no hay observaciones, se da por aprobado el artículo 336.

En consideración el Título IV, Proceso de conocimiento. Capítulo I. Proceso Ordinario. Artículo 337.

Léase.

(Se lee)

SEÑOR ORTIZ.- Pienso que después de los paréntesis, donde dice: "artículos 293 a 298", debe ir "y".

SEÑOR PRESIDENTE.- Si no hay observaciones, se aprueba el artículo 337.

En consideración el artículo 338.

Léase.

(Se lee)

En el numeral uno, después del "Libro I", debe ir una coma.

En el artículo 338.2, en lugar de decir "mediara", debe expresar "mediare".

SEÑOR RICALDONI.- Aunque ya fue aprobado el artículo 337, le deseo hacer un reordenamiento de palabras. Quizás fuera mejor decir: "El proceso ordinario será precedido por la conciliación, sin perjuicio de las diligencias preparatorias que se solicitaren y comenzará con la demanda". Habida cuenta de lo que va entre paréntesis, que sobrevive.

tpe.6

SEÑOR PRESIDENTE.- Me queda una duda. ¿La conciliación debe ir siempre o pueden pedirse primero las diligencias preparatorias?

(Interrupción)

Entonces le asiste razón al señor Senador Ricaldoni.

Por lo tanto, la disposición queda de la siguiente manera: "El proceso ordinario será precedido por la conciliación, sin perjuicio de las diligencias preparatorias que se solicitaren y comenzará con la demanda". Quedan los artículos entre paréntesis.

Queda aprobado, nuevamente, el artículo 337 con la redacción previamente indicada.

Ya se había aprobado el artículo 338 con las observaciones gramaticales que se le habían efectuado.

Pasamos al artículo 339.

Léase.

(Se lee)

SEÑOR TORELLO.- Donde se refiere al artículo "35.2", debe ponerse "35.1".

SEÑOR PRESIDENTE.- En la cuarta línea debe decir: "...cuando se tratare de la parte actora...".

En la penúltima línea pienso que quedaría mejor "...podrá el demandado, en caso de no comparecencia, solicitar la declaración de su rebeldía.".

Si no se hacen más observaciones, quedan aprobados los numerales 1 y 2 del artículo 339.

Léanse los restantes numerales de este artículo.

(Se leen)

SEÑOR ORTIZ.- Pienso que en el 339.3 debería decirse "...se notificará en el domicilio...".

SEÑOR PRESIDENTE.- En ese mismo numeral en lugar de decir "...pero en adelante todas las resoluciones y actuaciones,

excepto la sentencia definitiva,..." es más correcto expresar "pero todas las resoluciones y actuaciones posteriores, excepto la sentencia definitiva...".

SEÑOR ORTIZ.- En el numeral 4 de este mismo artículo, en lugar de "determina" debe decirse "determinará".

SEÑOR PRESIDENTE.- Asimismo, debe expresarse "en cuanto no resultaren contradichos" en lugar de "no resulten".

SEÑOR ORTIZ.- Nos parece que en el inciso segundo debe decirse "Desde el momento en que el demandado fuere declarado en rebeldía...".

SEÑOR PRESIDENTE.- Luego de "rebeldía", debe ir una coma y, también, se debe poner "si el actor lo pidiere" y no "lo pide".

En la última línea debe establecerse "en cuanto fuere necesario", o sea, cambiar el "sea" por "fuere".

En el 339.6 debe decirse "en el estado en que se hallare".

SEÑOR ORTIZ.- En ese numeral se ha repetido, muy cercanamente, la palabra "estado". En el primer renglón ¿no podría cambiarse ese término por "momento"?

SEÑOR PRESIDENTE.- Perfectamente, en la primera línea se sustituye "estado" por "momento".

Si no hay otras observaciones damos este artículo por aprobado.

Léase el artículo 340. Audiencia preliminar.

SEÑOR FA ROBAINA.- Como esto es un poco la sustancia de lo que es la estructura del proceso oral que estamos tratando de establecer, consulto a los señores profesores --incluso a los fines que señalaba el señor Senador Ricaldoni como antecedente, para que pueda servir en alguna medida al intérprete-- cuál puede ser, eventualmente, la hipótesis del motivo fundado, porque se me ocurre que esta norma puede ser causa de que en ella hagan hincapié los abogados y en la medida en que la utilicen y abusen de ella, van a desvirtuar lo que es la esencia del juicio oral, porque no va a ser lo mismo que el Juez vea y tenga presente a las partes a que, fríamente, en un juicio comparezca un letrado para hablar por ellas.

Habido cuenta de la importancia que tiene --y todos se la asignamos a la audiencia-- y al acercamiento que debe haber entre el Juez y las partes, parecería que la norma deseable, aunque no lo diga aquí, sería que el Juez o el Tribunal aplacen la audiencia hasta tanto las partes puedan comparecer, si ello es debido a motivos fundados de salud, impedimentos físicos, etcétera. De lo contrario, esto podría llegar a convertirse en una norma de permisividad que admita con demasiada frecuencia que comparezcan los apoderados.

SEÑOR TORELLO.- Como muy inteligentemente advirtió esto el señor Senador Fá Robaina, digo que el propósito de este procedimiento es lograr la comparecencia personal de las partes para hacer efectivo el principio de la inmediación. Esta no funciona si no van los letrados o representantes en lugar de las partes personalmente. Por eso, se han buscado una serie de medios para forzar la comparecencia de las partes.

En el 340.1, ya se señala que las partes tienen el deber de comparecer personalmente. Además, sin perjuicio del patrocinio letrado obligatorio, porque la parte tampoco puede ir sola. Nosotros tenemos un sistema de asistencia obligatoria de profesionales. Pero precisamente para preservar ese principio de la comparecencia obligatoria de las partes y no traer la inexorable consecuencia de la incomparecencia, es que se toman esas medidas. El demandado puede ver que le sobrevenga de inmediato una sentencia en su contra por no asistir a la audiencia. Entonces, se deben contemplar causas de fuerza mayor. Por eso, pensamos que eso hay que dejarlo librado un poco a la discrecionalidad del Tribunal, porque hacer un catálogo de causales de fuerza mayor es un poco difícil. Puede suceder que alguien esté detenido o de viaje o incluso, diciendo algo jocoso, una persona puede estar casándose ese día. Por eso es que se deja a la discrecionalidad del Juez el disponer de esta cuestión.

En este artículo, me adelanto a manifestar que nos equivocamos en el 340.3.

El artículo dice así: "Si el inasistente fuera el demandado, el Tribunal dictará sentencia de inmediato, teniendo por ciertos los hechos afirmados por el actor en todo lo que no se haya probado lo contrario". Aquí hay que excluir cuando se trata de derechos indisponibles, porque si no, por vía oblicua, estamos admitiendo la renuncia de los derechos indisponibles. Basta que no se presente la otra parte para que se tenga por cierto lo afirmado por el actor.

Con respecto a esto, la Comisión nos tendría que dar algún plazo para arreglarlo. Quisimos ser tan drásticos en cuanto a la coactividad de la asistencia de las partes, que parece que resultó algo en mayor medida que lo que jurídicamente es posible.

SEÑOR PRESIDENTE.- De acuerdo a lo expresado por los señores profesores, queda postergado el artículo 340.3.

jac.1
D/404

Respecto al resto del artículo, quisiera hacer algunas pequeñas observaciones de carácter gramatical.

En la segunda línea del 340.1, debe decir: "que justificare", en lugar de "justifique".

En el cuarto parágrafo, entiendo que debe ir un plural en "acreditada", porque el verbo se refiere a las razones y no a la fuerza mayor.

Luego, cuando dice: "no puede comparecer", debería decir "no pudiere comparecer".

Lo mismo con respecto al 340.4, al final, debería decir "cuando mediare reconvención".

Si no hay ninguna observación, queda aprobado el artículo 340, salvo su número 3, que se posterga hasta que se plantee una nueva redacción por parte de los autores del Código.

Léase el artículo 341: "Contenido de la Audiencia Preliminar". Como se trata de un artículo muy importante, vamos a ir despacio y numeral por numeral.

Léase el numeral 1º.

(Se lee)

Si no se formulan observaciones, léase el numeral 2º.

(Se lee)

SEÑOR RICALDONI.- Me parece que aquí sobran varias comas. En todo caso, debería ir una coma después de "demandado".

SEÑOR PRESIDENTE.- De acuerdo.

Léase el numeral 3º.

(Se lee)

La tentativa de conciliación, ¿quién la plantea? ¿No habría que aclarar esto?

SEÑOR TORELLO.- Aquí está regulada la conciliación previa. Está bien hacer la conciliación intraprocesal dentro del propio proceso.

jac.2
D/404

SEÑOR PRESIDENTE.- Creo que debería decir: "Tentativa de conciliación respecto de todos o algunos de los puntos controvertidos que se realizará de oficio por el Tribunal".

SEÑOR RICALDONI.- Me parece que debería decir: "Tentativa de conciliación que deberá realizar el Tribunal, respecto de todos o algunos de los puntos controvertidos".

SEÑOR PRESIDENTE.- No hay inconveniente.

Léase el numeral 4º.

(Se lee)

SEÑOR RICALDONI.- ¿Por qué se califica de extraordinaria la situación de entender el Tribunal que existe en un hecho a probar?

SEÑOR VESCOVI.- Las excepciones, normalmente son de derecho, inclusive; las que refieren al defecto legal en el modo de preparar la demanda.

Esto ameritaría una aclaración mayor. Nuestra experiencia de recorrida de la República, nos ha servido de mucho. Justamente, este fin de semana estaremos en Maldonado, junto con los representantes de Treinta y Tres, Rocha y Minas. Hemos visto que esta audiencia estaba un poco ~~recargada. En realidad~~, se prevén cosas totalmente separadas que nunca se van a dar. Se trata de una experiencia que viene de otros países como la Argentina y Costa Rica. El poner junto en el mismo escrito las excepciones, hace rebajar enormemente el número de ellas. Hay gente que pone excepciones nada más que para tener tiempo de contestar. Esto ha dado un resultado espléndido. Fue una solución planteada en los congresos argentinos. Lo recogieron en Costa Rica declarando que no lo habían inventado. Luego, se incorporó a la legislación argentina, que tiene una experiencia similar a la de nuestro país.

Debemos recalcar, además, que las excepciones no van a tener necesidad de prueba. Más adelante, ustedes tendrán oportunidad de ver como se resuelven esas excepciones. En esa colaboración entre el Juez y las partes, se podrá facilitar el desarrollo del proceso sin ir a la prueba.

Es decir, si hay una excepción porque el poder no está bien, el juez dirá que se traiga otro poder si hay falta de personería; se aclarará de inmediato, se le dará un plazo,

etcétera. Es decir, hay una serie de mecanismos que hacen que prácticamente no haya un incidente, como ahora, de excepción dilatoria. Y cuando lo hay, entendemos que es de derecho y no de hecho.

Creemos necesario establecer esta circunstancia, aunque no parezca técnicamente correcto decir "en el caso excepcional". Se pone expresamente, para restringir esa potestad del juez.

SEÑOR PRESIDENTE.- Después de la palabra "exclusivamente", debe suprimirse la coma; y cambiar los tiempos verbales: en lugar de "el escrito en que se opusieron", se dirá "el escrito en que se hubieren opuesto". Para ser congruentes, diríamos después "y aquéllas que lo hubieran sido en la ocasión a que refiere el numeral 2º".

Léase el numeral 5º.

(Se lee)

SEÑOR PRESIDENTE.- Entre otras cosas, observo que en la primera cláusula tenemos tres gerundios: "resolviendo los problemas", "decidiendo, a petición de parte o de oficio", e "incluyendo la improponibilidad de la demanda". Pienso que podríamos aliviar esta "gerunditis".

(Dialogados)

En la segunda oración observo que dice "recepcionarse" que es un verbo que no existe. Debiera decir "recibirse".

(Dialogados)

En "saneamiento", iría un punto.

Luego iría: "podrá diferirse la formulación de sus fundamentos" etcétera.

En definitiva, el texto quedaría así:

"Dictado de sentencia interlocutoria con el fin de sanear el proceso, para resolver los problemas planteados por las excepciones procesales propuestas o las nulidades denunciadas o las que el Tribunal hubiere advertido, y decidir, a petición de parte o de oficio, todas las cuestiones que

obstaren a la decisión de mérito, incluyendo la improponibilidad de la demanda y la legitimación en la causa, cuanto ésta sea definible al comienzo del litigio. El Tribunal podrá prorrogar la audiencia a los efectos de lo dispuesto en el numeral 4º, pero en la siguiente oportunidad deberá recibirse la totalidad de la prueba y dictarse la sentencia interlocutoria de saneamiento. La formulación de sus fundamentos podrá diferirse hasta otra audiencia que habrá de llevarse a cabo en plazo no mayor de diez días o, cuando la complejidad del asunto lo justifique, se podrá prorrogar la audiencia por plazo no mayor de quince días para dictar la sentencia con sus fundamentos".

SEÑOR RICALDONI.- Propongo decir "y cuando la complejidad del asunto lo justifique".

(Dialogados)

SEÑOR PRESIDENTE.- Se acepta la proposición y queda sustituida la "o" por una "i".

Léase el numeral 6º.

(Se lee)

SEÑOR RICALDONI.- El modus operandis de la Comisión es que alrededor de esta hora levantemos la sesión. ~~En consecuencia~~, propongo suspender la consideración de los artículos que restan.

En más de una oportunidad hemos conversado entre los distintos miembros de la Comisión que, sin perjuicio de continuar con este estudio tan exhaustivo del Código deberíamos tratar de llevarlo lo antes posible al Plenario del Senado. Con relación a esto, deseo preguntar a los señores miembros presentes de la Comisión y también a los doctores Torello y Véscovi si estamos en condiciones de remitir el proyecto y sus antecedentes a la Suprema Corte de Justicia y también al Colegio de Abogados, a los efectos de que nos envíen por escrito su opinión al respecto. Considero que ello es lo más conveniente, dada la experiencia recogida en la Comisión, en una primera instancia, a los efectos de poder luego decidir si es o no necesario requerir la concurrencia personal de sus autoridades.

SEÑOR PRESIDENTE.- Como para hablar de estos temas no precisa-

mos versión taquigráfica, propongo que se suspenda la toma de la misma.

Se suspende la toma de versión taquigráfica.

(Así se hace siendo la hora 17 y 7 minutos)

jac.6
D/404